

Este documento es una versión postprint de:

Muñoz Ruiz, A.B. (2015). El contrato de apoyo a los emprendedores en la negociación colectiva: derecho necesario, mejora y libre competencia. *Revista de Información Laboral*, 9, 175-187.

El contrato de apoyo a los emprendedores en la negociación colectiva: derecho necesario, mejora y libre competencia.

BIB 2015\4887

Ana Belén, Muñoz Ruiz. Profesora Titular Visitante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid

Publicación:

Revista de Información Laboral num.9/2015
Editorial Aranzadi, S.A.U.

I. El convenio colectivo y sus límites en el tratamiento de las modalidades contractuales

El Estatuto de los Trabajadores confiere potestades reguladoras a la negociación colectiva por lo que se refiere a las modalidades contractuales. Los convenios colectivos pueden identificar aquellos trabajos o tareas de naturaleza no permanente que se cubren con contratos de duración determinada así como modificar su duración máxima y el periodo dentro del cual realizarlos [[artículo 15.1 a\) y b\)](#) del ET]. Se encomienda también a los negociadores la fijación de aquellos requisitos que previenen el uso abusivo de la contratación temporal y el establecimiento de criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos temporales en indefinidos (artículo 15.5 y 7 ET).

El límite del convenio colectivo es el respeto del principio de jerarquía normativa ([artículos 3](#) y [85.1](#) del ET) no autorizando a que la negociación colectiva altere la naturaleza de los contratos¹. Así, se permite que los convenios colectivos concreten los requisitos que al efecto se determinan, pero sin poder rebasar los criterios legalmente impuestos². En ocasiones, se han suscitado dudas respecto de la legalidad de algunas experiencias convencionales que han ido más allá de la mera concreción de los requisitos legales. Así, por ejemplo, se ha admitido la regulación del contrato de fijo de obra (contrato temporal) regulado en el convenio del sector de la construcción en la medida que trata simplemente de evitar las cargas burocráticas que supondría la formalización de sucesivos contratos con un mismo trabajador pero no diseña un nuevo contrato temporal al margen del [artículo 15](#) ET, lo que, por lo demás, no podría hacer válidamente pues, pese a su condición normativa y a su carácter vinculante, el convenio está obligado a respetar las normas legales de carácter mínimo necesario, y el artículo 15 lo es. En definitiva, se valida tal

regulación convencional porque trata de buscar un mejor ajuste a las necesidades productivas de la empresa, a la vez que facilitar una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores³. Por el contrario, se ha rechazado el trabajo temporal a llamada (contrato eventual intermitente) que estipulaba algún convenio colectivo con argumento en que la lista de posibles contratos es competencia exclusiva del legislador y excede de las facultades del convenio dar cobertura a modalidades contractuales no expresamente previstas en la ley⁴.

¹ STS de 7 de marzo de 2003, Rº 36/2002.

² STS de 11 de abril de 2006, Rº 22/2003.

³ STS de 30 de junio de 2005, u.d., Rº 2426/2004.

⁴ SSTs 17 de diciembre de 2001, Rº 66/2001 y 68/2001.

Como se observa, la problemática se ha suscitado sobre todo en relación con las modalidades de duración determinada. Ahora bien, el análisis convencional más moderno advierte de cláusulas vinculadas con la contratación indefinida. En concreto, nos referimos al contrato de apoyo a los emprendedores cuyo régimen jurídico se rige, con carácter general, por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del periodo de prueba que es de un año en todo caso ([artículo 4](#) de la Ley 3/2012). Pese a que se deja escaso margen a la negociación colectiva al tratarse de una regulación completa, los convenios colectivos sectoriales y algunos de ámbito empresarial han prestado atención a la nueva figura contractual incorporando supuestos controvertidos como, por ejemplo, la exclusión del contrato de apoyo a los emprendedores para un determinado sector de actividad o la indemnización para los casos de extinción del contrato durante el periodo de prueba.

II. Aspectos controvertidos en la regulación convencional del contrato de apoyo a los emprendedores

La mayoría de los convenios colectivos objeto de análisis son absolutamente respetuosos con las exigencias legales del contrato de apoyo a los emprendedores. La tendencia observada es aquella que muestra que la negociación colectiva hace referencia a esta modalidad contractual bien en el apartado de los contratos de trabajo o en bien en el correspondiente al periodo de prueba ya que es donde se concentra su especialidad. En ambos casos, se realiza una breve referencia al contrato efectuando una remisión a la [Ley 3/2012](#) por lo que se refiere a los demás aspectos. Un ejemplo es el Acuerdo Parcial de Prórroga y Modificación del Convenio Colectivo Provincial de Trabajo del sector Transporte de viajeros por carretera (BO. Almería 19 junio 2014) cuyo [artículo 21](#) señala lo siguiente: «1.- Con objeto de facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial, las empresas que tengan menos de 50 trabajadores podrán concertar el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores que se regula en el [artículo 4](#) de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en las

condiciones previstas en la misma»⁵.

⁵ En el mismo sentido pueden consultarse los siguientes convenios: artículo 18 del Acuerdo de prórroga para el año 2013 del Convenio Colectivo de Empresas de Transportes por Carretera de Mercancías de Almería (BO. Almería 15 marzo 2013); artículo 33 del Convenio Colectivo del Sector de Mayoristas y Minoristas de Juguetes, Deportes y Armerías Deportivas, Cerámica, Vidrio, Iluminación y Regalo (BO. Comunidad de Madrid 3 enero 2014); y el artículo 20 del Convenio Colectivo estatal de prensa diaria (BOE 3 octubre 2013).

Igual práctica se ha identificado por lo que se refiere al periodo de prueba. Una muestra de ello es el [Convenio Colectivo Provincial del Comercio de Alimentación de Toledo](#) (BO. Toledo 7 febrero 2013): «Artículo 11. Período de prueba. El ingreso de los trabajadores se considerará hecho a título de prueba cuando así conste por escrito. Este período de prueba no podrá exceder de los límites de tiempo que se recogen en la escala que a continuación se fija para cada uno de los grupos enumerados en el artículo 17: Empresas de hasta 50 trabajadores: Grupo III: Seis meses. Grupo II Tres meses. Grupo I: Un mes. Empresa de 50 ó más trabajadores: Grupos IV y V: Seis meses. Grupos III y II: Tres meses. Grupo I: Un mes. En los contratos de trabajo cuya duración inicial pactada sea igual o inferior a tres meses el periodo de prueba no podrá exceder del 20 por 100 de esa duración inicial. Se exceptúa de este periodo de prueba, el regulado en la [Ley 3 de 2012, de 6 de julio](#), para el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores»⁶.

⁶ Otros ejemplos son artículo 17 del Convenio Colectivo provincial del Campo de Córdoba (BO. Córdoba 14 marzo 2014); artículo 14 del Convenio Colectivo del sector de Transportes de Viajeros por Carretera de Salamanca (BO. Salamanca 27 junio 2013); artículo 27 del Convenio Colectivo del sector de Empresas Consignatarias de Buques, Transitarios y Agentes de Aduanas de Castellón (BO. Castellón 4 abril 2013); artículo 12 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Construcción y Obras Públicas (BO. Huelva 21 octubre 2014), artículo 12 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva (BO. Huelva 24 abril 2014); artículo 8 del Convenio Colectivo del sector de la pizarra de Ourense y Lugo (DO. Galicia 2 julio 2014); artículo 26 del Convenio Colectivo del sector Comercio (BO. Segovia 28 noviembre 2014); artículo 8 del Convenio Colectivo del Sector de Pizarras de la Comunidad de Castilla y León (BO. Castilla y León 28 marzo 2014); artículo 18 del Convenio Colectivo del sector de industrias de la madera (sector de carpinterías y ebanisterías y rematantes y aserraderos) (BO. Segovia 1 enero 2014); artículo 10 del Convenio Colectivo del sector de Lavanderías Industriales de la provincia de Huelva (BO. Huelva 6 agosto 2013); artículo 50 del Convenio Colectivo del sector de comercio textil (BO. Comunidad de Madrid 27 enero 2014); artículo 11 del Convenio Colectivo del sector de Comercio de Alimentación (BO. Comunidad de Madrid 26 octubre 2013); artículo 37 del Convenio Colectivo para el periodo 2012-2014, así como las Tablas Salariales para los años 2012-2013-2014 de las empresas del sector de la Hostelería (BO. Segovia 4 noviembre 2013); artículo 11 del Convenio Colectivo del Sector de Comercio Vario (BO. Comunidad de Madrid 14 enero 2014); artículo 12 del Convenio Colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 8 mayo 2014); artículo 20 del Convenio Colectivo para las Industrias de Transportes por Carretera de la provincia de Huelva (BO. Huelva 12 febrero 2015); artículo 11 del Acuerdo marco del sector de la pizarra (BOE 10 noviembre); artículo 12 del Convenio Colectivo del sector del Comercio de Alimentación de Huelva (BO. Huelva 15 octubre 2013); y, el artículo 12 del Convenio Colectivo del sector del Comercio Único de Huelva (BO. Huelva 1 diciembre 2014).

Sin embargo, también se han identificado algunas experiencias de negociación colectiva que entran a regular el contrato de apoyo a los emprendedores alterando el régimen jurídico previsto en la ley. A continuación, se describen las prácticas observadas y se analiza en qué medida se trata de extralimitaciones del convenio o

de mejoras permitidas por el legislador.

2.1. Cláusulas convencionales que reducen el periodo de prueba

Como se ha dicho, la singularidad del contrato de apoyo a los emprendedores está precisamente en la ampliación considerable del periodo de prueba. Esta es la característica principal que diferencia a este contrato respecto del contrato de trabajo indefinido ordinario. La reforma laboral lo expresa de forma muy clara cuando extiende a dicho contrato la regulación prevista para el contrato indefinido ordinario en cuanto a régimen jurídico del contrato y derechos y obligaciones que de él se derivan tanto en el ET como en los convenios colectivos salvo en lo dispuesto en el periodo de prueba que es de un año en todo caso.

Existe alguna experiencia convencional que entra a regular el periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores de forma distinta a la dispuesta en la norma. En concreto, se reduce el mencionado periodo a la mitad. Una manifestación de estas ideas es el [Convenio Colectivo del sector Limpieza de Edificios y Locales de Navarra](#) (BO. Navarra 16 agosto 2013): «Artículo 37. Período de prueba. Podrá concertarse un período de prueba en los contratos, que en ningún caso podrá exceder de 15 días para el personal obrero y subalterno, ni de 30 días para el personal técnico y administrativo, y en el contrato de emprendedores, de 6 meses».

El contrato de apoyo a los emprendedores está sujeto a normas de Derecho necesario y parece evidente que el periodo de prueba de un año es materia indisponible para la negociación colectiva, no pudiendo utilizar como argumento la diferente cualificación del trabajador o que se trate de una mejora convencional. Precisamente, el Tribunal Constitucional ha explicado que la configuración legal como norma de Derecho necesario absoluto de la duración del período de prueba de un año en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores actúa como garantía hábil para evitar que, a través de la negociación colectiva, se pueda reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida que mediante esta medida ha querido introducir el legislador; la decisión legislativa contribuye, pues, a impedir que la actuación de la autonomía colectiva pueda frustrar el legítimo objetivo de creación de empleo estable que se pretende alcanzar a través de esta modalidad contractual y su régimen jurídico⁷.

⁷ SSTC 119/2014 y 8/2015.

Por todo lo dicho hasta ahora, parece claro que existen argumentos sólidos que refuerzan la dudosa legalidad de la mencionada cláusula ya que supone un conflicto patente entre la norma legal y el convenio colectivo.

2.2. La modulación del umbral de trabajadores y su forma de cómputo por el convenio colectivo

El contrato de apoyo a los emprendedores se dirige a fomentar la contratación indefinida en las pymes definiendo éstas, a los efectos previstos en la norma, como

aquellas con menos de cincuenta trabajadores. Esto significa que sólo las empresas con plantillas de hasta cuarenta y nueve trabajadores (inclusive) pueden acogerse a esta modalidad de contratación. En todo momento, el precepto legal ([artículo 4](#) de la Ley 3/2012) se refiere al término empresa y no al centro de trabajo, luego, cabe interpretar de forma literal que el límite numérico se aplica a la unidad organizativa en su conjunto (empresa) y no a los segmentos en que se puede dividir la misma (centros de trabajo). A lo anterior, se suma el criterio finalista de la norma, que al focalizar su atención en las pymes, parece claro que no tendría mucho sentido aplicar esta modalidad contractual a empresas con plantillas mayores cuyos centros de trabajo no alcancen los cincuenta trabajadores. A mayor abundamiento, la propia Exposición de Motivos de la ley (Punto III), al hilo de la justificación del contrato, destaca la importancia de las empresas de menos de cincuenta trabajadores en el tejido productivo de nuestro país representando el 99,23% de las empresas españolas. Cabe indicar que la ampliación del ámbito a empresas más grande a través de la negociación colectiva bien por la vía de un umbral de plantilla superior o considerando el centro en vez de la empresa no sería admisible porque desnaturalizaría esta modalidad contractual y además no sería posible extender sus beneficios fiscales y bonificaciones.

La norma no fija criterios de cómputo de los trabajadores como sí se hace de forma expresa para el caso de la determinación del número de delegados de personal ([artículo 72](#) ET), delegados de prevención ([artículo 35.3](#) Ley 31/1995, de 8 noviembre) o para el cálculo de la ratio de los trabajadores atendidos por un servicio de prevención ([Anexo I](#) de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, por la que se desarrolla el [Real Decreto 39/1997, de 17 de enero](#) , Reglamento de los Servicios de Prevención, en lo referido a la acreditación de entidades especializadas como servicios de prevención, memoria de actividades preventivas y autorización para realizar la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas). En todos estos supuestos donde existe norma expresa se diferencia, por un lado, entre los trabajadores indefinidos, fijos discontinuos y contratados de forma temporal con contrato superior a un año y, de otro, los contratos temporales de duración inferior a un año. En el primer caso, computan como unidad y en el segundo computan según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección. Cada doscientos días trabajados o fracción se computará como un trabajador más. Sería preciso preguntarse si, en defecto de regulación expresa, el convenio colectivo podría autorregular esta cuestión incluyendo la anterior regla o cualquier otra distinta.

Pese a que exista este vacío legal, no tiene mucho sentido que el convenio colectivo aplique la mencionada regla porque no hay identidad de razón entre estos supuestos, como se observa, si consideramos que las ventajas laborales que acompañan al contrato de apoyo a los emprendedores en cuanto a ampliación del periodo de prueba y posibilidad de extinción sin causa durante el mismo, así como los incentivos fiscales y bonificaciones, son de aplicación a cualquier trabajador autónomo que quiera contratar a un trabajador por primera vez bajo esta modalidad específica. Abunda en la misma interpretación el hecho de que no existan

limitaciones numéricas en cuanto al número de empleados contratados bajo esta modalidad contractual. Esto es, las empresas pueden contratar al número de trabajadores que deseen acudiendo a la mencionada modalidad.

El límite de menos de cincuenta trabajadores tiene relevancia de cara a limitar el uso de esta modalidad contractual sólo para determinadas empresas. En aplicación de dicha limitación, la franja numérica de los cincuenta trabajadores debe articularse a partir del principio de computar como unidad todos los trabajadores que presten servicios en dicha empresa a fecha de formalización del contrato de apoyo a emprendedores y ello con independencia de si son trabajadores a tiempo parcial o a tiempo completo, si tienen un vínculo temporal o indefinido, si son fijos discontinuos o trabajadores en misión. De la misma forma, en cuanto al cómputo de los fijos-discontinuos en periodo de inactividad en la empresa, si computamos a los fijos periódicos (formalmente trabajadores a tiempo parcial) como uno más no hay razón para no operar de la misma forma con los fijos discontinuos⁸.

⁸ F. J. Gómez Abelleira, «Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales», en AA.VV. *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012* (Dir. J. R. Mercader Uguinay I. García-Perrote Escartín), Lex Nova, 2012, pp. 65-66.

De hecho, aquellos convenios que entran a regular esta cuestión se decantan precisamente por esta tesis. Un ejemplo es el artículo 7 del Convenio Colectivo das empresas Top Wash, S.L., Timplan, S.L., Texingal, S.L., Temprasa, S.L., (BO. A Coruña 4-2-2013) que señala: «Atendiendo al número de trabajadores de cada empresa en el momento de la contratación, que se computará individualmente a todos los efectos, resultará plenamente aplicable el contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores regulado en el [artículo 4](#) de la Ley 3/2012, del 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. A los efectos de lo previsto en el artículo anterior resultará plenamente aplicable el período de prueba dispuesto para esta modalidad contractual»⁹. En definitiva, es claro que el espacio del convenio en esta materia está muy limitado o, dicho de otra forma, es casi inexistente.

⁹ Recogen cláusulas semejantes el artículo 7 del Convenio Colectivo de traballo da empresa Roo Montajes Eléctricos, S.L. (BO. A Coruña 17-10-2014) y artículo 7 Convenio Colectivo de traballo da empresa Roomelservice, S.L. (BO. A Coruña 17-10-2014).

2.3. La referencia exclusiva a la modalidad a tiempo completo en la negociación colectiva

El marco jurídico del contrato de apoyo a los emprendedores ha experimentado algunos cambios desde su aprobación. En efecto, si bien en un primer momento, se articuló dicho contrato bajo la modalidad del tiempo completo, con posterioridad, se corrigió dicha rigidez normativa que suponía un desincentivo al tiempo parcial y que contradecía las directrices comunitarias¹⁰, permitiendo de este modo celebrar el contrato también a tiempo parcial ([Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre](#) ,

de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores).

¹⁰ F. J.,Gómez Abelleira, «Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales», cit., p. 71.

Precisamente, sobre esta cuestión, se han localizado algunos convenios que entran en detalle y limitan la formalización del contrato al régimen a tiempo completo. Es el caso, por ejemplo, del [artículo 30](#) del II Convenio Colectivo estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores (BOE 27 noviembre 2012) que dice lo siguiente: «Modalidades de contratación. Los trabajadores y trabajadoras afectados por el presente convenio podrán ser contratados a tenor de cualquiera de las modalidades legales establecidas en cada momento. Contratación indefinida: Este tipo de contratos se utilizarán para atender las necesidades de aquellos puestos de trabajo que tengan carácter permanente y fijo. El personal admitido en la empresa sin pactar modalidad especial alguna en cuanto a la duración de su contrato se considerará fijo una vez transcurrido el período de prueba. Todo el personal pasará automáticamente a la condición de fijo, si transcurrido el plazo máximo de duración de la modalidad del contrato continúa desarrollando su actividad laboral. (...) Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores: Para facilitar el empleo estable en el sector, las empresas que tengan menos de 50 trabajadores podrán concertar este tipo de contrato. El contrato se celebrará por tiempo indefinido y a jornada completa, siendo la duración del período de prueba de un año. No podrá concertar este tipo de contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, la empresa que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubiera procedido a un despido colectivo».

Existen razones suficientes para considerar que este tipo de regulaciones no entrarían en las facultades que se reconocen al convenio colectivo. En la medida que la normativa permite ambas posibilidades de formalización del contrato (tiempo parcial-completo), la cláusula convencional que restringe las facultades de los empresarios incluidos en el ámbito del convenio iría en contra de los mínimos de derecho necesario del [artículo 4](#) de la Ley 3/2012. Muy posiblemente, la finalidad de la mencionada cláusula no es oponerse a la regulación legal sino reproducir la misma en un momento inicial en que sólo se admitía la modalidad a tiempo completo. Sin embargo, también se ha observado una regulación semejante en un convenio aprobado con posterioridad al cambio normativo. Se trata del artículo 24 del Convenio Colectivo de Asociación Centro Trama (BOE 16 de diciembre de 2014) que indica: «(...) Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. Para facilitar el empleo estable en el sector, la Entidad cuando tengan menos de 50 trabajadores podrá concertar este tipo de contrato. El contrato se celebrará por tiempo indefinido y a jornada completa, siendo la duración del periodo de prueba de un año. No podrá concertar este tipo de contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, la entidad que, en los seis

meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubiera procedido a un despido colectivo». En ambos casos, se debe indicar que se trata de cláusulas de dudosa legalidad y que, por ello, las empresas sujetas al convenio pueden omitir su aplicación sin que tal conducta conlleve sanción alguna. Cualquier otro razonamiento llevaría a entender que la negociación colectiva puede introducir rigideces en la contratación indefinida que dificulten su realización.

2.4. La inclusión de indemnizaciones por los convenios para las extinciones realizadas durante el periodo de prueba

El análisis convencional advierte que, en ocasiones, los negociadores mejoran las indemnizaciones legales para los supuestos extintivos o bien extienden las indemnizaciones a situaciones en principio no tuteladas por la normativa. Un ejemplo de estas ideas es la revitalización de la indemnización por despido improcedente de 45 días por año de servicio para los trabajadores con contrato indefinido tras la reforma laboral de 2012¹¹. En la misma línea, se ha observado el incremento de la indemnización legal para los trabajadores temporales vía convenio colectivo¹² o la creación de indemnizaciones ex novo para los trabajadores con contrato formativo¹³.

¹¹ Artículo 22 del Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa Grupo Hispatec Informática Empresarial, S.A.U. (BOP. Almería 19-09-2014).

¹² Artículo 25 del Convenio Colectivo Hispatec: «a la finalización del contrato de obra o servicio, siempre que el mismo tuviese una duración superior al año, el trabajador percibirá una indemnización equivalente de la cantidad que resultara de abonar 15 días de salario por cada año de servicio, prorrateándose los periodos trabajados inferiores al año».

¹³ Artículo 23 del Convenio Colectivo Hispatec: «a la finalización del contrato de prácticas, siempre que el mismo tuviese una duración superior al año, el trabajador percibirá una indemnización equivalente de la cantidad que resultara de abonar 12 días de salario por cada año de servicio, prorrateándose los periodos trabajados inferiores al año».

Una práctica muy semejante se ha identificado para el contrato de apoyo a los emprendedores. Como se sabe, dicho contrato durante el primer año no genera indemnización en caso de finalización del mismo. Sin embargo, en algunos convenios se establece una suerte de indemnización que comienza a generarse una vez que han transcurrido seis meses desde la contratación del trabajador. Sirva de muestra el [Convenio Colectivo provincial do sector de Mármores e Pedras de Pontevedra](#) para los años 2013-2016 (BO. Pontevedra 7 enero 2015): «Otras modalidades de contratación: Los trabajadores que formalicen contratos de duración determinada, por circunstancias de la producción, interinidad o el denominado contrato de emprendedores (siempre que se supere el periodo de prueba definido en el [artículo 7.3](#) del presente convenio sin que esta situación afecte a su pase a indefinido), tendrán derecho, una vez finalizado el contrato correspondiente por expiración del tiempo convenido, a percibir una indemnización por extinción del 7% sobre los conceptos salariales de las tablas del convenio aplicables devengados

durante la vigencia del contrato» (artículo 7.4.2). En concreto, el artículo 7.3 del mismo Convenio señala que: «El periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados. Un mes para el resto de los trabajadores. Durante el periodo de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes. Transcurrido el periodo de prueba sin que se produzca desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose los tiempos de servicio a efectos de antigüedad».

Cabe preguntarse en este apartado si una cláusula convencional como la descrita es conforme a la regulación legal. Por el momento, no existen fallos judiciales que se hayan pronunciado sobre ello. Sin embargo, habrá de comprobarse si se respetan las normas legales de derecho necesario ([artículo 3.2](#) del ET) y que dicha indemnización suponga una mejora de las condiciones de empleo de los trabajadores afectados (artículo 3.3 del ET). Comenzando por el primero de los requisitos —los mínimos de derecho necesario— la regulación convencional expuesta no contradice la normativa en la medida que el trabajador no pasa a ser indefinido a los seis meses del contrato sino cuando haya cumplido el año de antigüedad tal y como indica el [artículo 4](#) de la Ley 3/2012. Tampoco afecta a los poderes del empresario ya que éste puede decir extinguir la relación laboral durante el primer año de vigencia del contrato incluso una vez transcurridos los seis primeros meses sin necesidad de alegar razón alguna. En segundo lugar, parece claro que se trata de una mejora que favorece el principio de estabilidad en el empleo de los trabajadores del sector. En efecto, la finalidad de la cláusula convencional es incentivar la permanencia del trabajador contratado bajo la cobertura del contrato de emprendedores una vez que ha superado el periodo de prueba de seis meses que fija el convenio. Repárese que el razonamiento expuesto no es trasladable a convenios colectivos que introduzcan elementos de causalidad a las posibilidades extintivas del empresario durante el periodo de prueba o que califiquen el contrato de naturaleza indefinida al transcurrir el plazo de los seis meses.

2.5. Cláusulas convencionales que excluyen o prohíben la modalidad contractual

Sin duda, el aspecto más problemático es la práctica convencional observada en algún sector que excluye el uso del contrato de apoyo a los emprendedores para las empresas afectadas por la norma convencional. Es el [Convenio Colectivo del sector de Saneamiento Público, Limpieza Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado](#) (BOE 30 julio 2013): «Artículo 18. Contratación: El ingreso al trabajo se realizará de conformidad con cualquiera de las modalidades de contratación reguladas en la legislación laboral vigente en el momento de efectuarse. No obstante lo establecido en el párrafo anterior, en el ámbito de este Convenio queda exceptuada la utilización del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. Dadas las

actuales circunstancias del sector, se recomienda a las empresas que la contratación con empresas de trabajo temporal se lleve a cabo de modo restrictivo y como mecanismo marginal en la actividad».

No se trata de un episodio nuevo en la historia de la negociación colectiva pues existen algunos precedentes que restringen las modalidades que pueden emplearse en la empresa, como en el Convenio Colectivo del sector de «Comercio e Industria de Confeitería, Pastelería, Bollería, Repostería, Heladería y Platos Cocinados», que descartaba las modalidades del contrato de obra, y el eventual así como el contrato a tiempo parcial¹⁴. Más recientemente, el [Convenio Colectivo del sector de Comercio e Industria de Confeitería, Pastelería, Repostería, Bollería y Platos Cocinados de la Comunidad de Madrid](#), (BO. Comunidad de Madrid 24 mayo 2014) limita el uso de las modalidades contractuales al contrato indefinido, contratos formativos e interinidad: «Artículo 7. Contratos de trabajo. A) Contrato de trabajo: (...) La empresa, de acuerdo con sus necesidades, sólo podrá emplear a partir de la firma del convenio las siguientes modalidades de contratos de trabajo: I) Contrato por tiempo indefinido. II) Contrato para la formación. III) Contrato en prácticas. IV) Contrato de Interinidad»¹⁵. Lo que significa que no se admite la contratación temporal estructural para las empresas vinculadas por este convenio.

¹⁴ J.García Murciay otros, La negociación colectiva en el sector de la alimentación, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2006, p. 13.

¹⁵ Añade el mencionado Convenio que: «La contratación de trabajadores se realizará siempre por escrito. I) Contrato de trabajo indefinido. Los contratos de trabajo que se ocupen en las empresas acogidas al convenio colectivo del sector se regularán mediante contratos de trabajo concertados, sin límite de tiempo en la prestación de servicios. II) Contrato para la formación. El contrato de formación, se acomodará a las normas reguladoras del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a la redacción dada por la ley 3/2012 de 6 de julio, y su retribución será establecida conforme a lo regulado en el apartado 2.g) del citado precepto III) Contrato en prácticas. Este contrato sólo podrá realizarse con los alumnos provenientes de la Escuela Superior de Formación Profesional de Pastelería y se regulará, en lo no dispuesto en este artículo, por lo establecido en el artículo 11 del ET, conforme a la redacción dada por el la Ley 3/2012 de 6 de julio . En cualquier caso, en estos contratos se utilizará la categoría de ayudante. La duración mínima será de un año y máxima de dos. La prórroga será mínima de un año sin poder superar la duración total de dos años. Pasados los dos años, el trabajador pasará a ser fijo. Los contratos tendrán una duración máxima de dos años, y su retribución será, durante el primer año, la equivalente al 60% de la que corresponda conforme a las tablas salariales establecidas en el presente convenio, al grupo profesional para el que sea contratado, y del 75% durante el segundo año. IV) Contrato de Interinidad. Las empresas del sector podrán utilizar el contrato de interinidad siempre y cuando el objeto del contrato sea el de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, tal y como dispone el apartado 1 del artículo 15 del ET, entendiéndose en tales circunstancias las sustituciones de trabajadores durante el disfrute de vacaciones y permisos retribuidos».

Centrando el análisis en el precepto convencional referido al contrato de emprendedores, se debe de nuevo preguntar si respeta los mínimos de derecho necesario fijados por el legislador y se trata entonces de una mejora de su régimen jurídico. Parece claro que el marco legal no habilita al convenio para excluir ni el contrato de apoyo a los emprendedores ni ningún otro de los previstos por la ley. A lo sumo se habilita al convenio para limitar la utilización de la contratación temporal que se asocia a peores condiciones de trabajo y una mayor rotación en las empresas.

No obstante, pudiera pensarse que las partes negociadoras han rechazado dicho contrato porque se tratara de una mejora al considerarlo como una fórmula precaria pese a su denominación formal de «indefinido» y que se persiguiera con ello una mayor estabilidad en el empleo. Conviene recordar que existen fallos judiciales recientes que han validado cláusulas convencionales que limitan el uso de la contratación indirecta a través de empresas de trabajo temporal. Precisamente, en dichas Sentencias se admitía la regulación convencional porque no establecía limitaciones a la actividad de las empresas de trabajo temporal —ni mucho menos prohibiciones— sino mejoras de los derechos laborales de los trabajadores afectados por el convenio, en la línea de lo que viene siendo un deseo del legislador de reducir la dualidad y temporalidad del mercado de trabajo¹⁶.

¹⁶ La Asociación de Empresas de Trabajo Temporal impugnó por ilegalidad las cláusulas de convenios colectivos sectoriales en cuanto limitan la contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal. Por un lado, el artículo 8 del Acuerdo Colectivo para la Industria de Azulejos, Pavimentos y Baldosas Cerámicas de la Comunidad Valenciana que disponía lo siguiente: «Las empresas afectadas por el presente convenio de conformidad con la legislación vigente, podrán concertar con las empresas de trabajo temporal, si bien, en beneficio y promoción del empleo directo, deberán observar los siguientes compromisos: a) La contratación con empresas de trabajo temporal al objeto de cubrir puestos de trabajo mientras dure el proceso de selección o promoción para los mismos, no podrá superar los dos meses. b) Las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de este convenio se obligan a no concertar contratos de puesta a disposición, por causa de acumulación de tareas o exceso de pedidos, por más de seis meses dentro de un periodo de doce. Tal limitación debe entenderse referida única y exclusivamente a la permanencia en la empresa usuaria del trabajador en misión. C) Las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de este convenio pagarán a los trabajadores en misión, a la finalización de su contrato y a través de la empresa de trabajo temporal, una indemnización equivalente a la diferencia entre la legal que daban cobrar con cargo a la empresa de trabajo temporal y la equivalente a 25 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de duración inferior al año. El conjunto de ambas indemnizaciones no podrá superar el límite de 25 días de salario/año de servicio o de la fracción que resulte aplicando la regla de prorrateo antes expresada» (STSJ Comunidad Valenciana 29 mayo de 2014, R° 17/2014) y el artículo 10 del Convenio Colectivo del sector de Industrias del Metal sin Convenio Propio de Pontevedra cuya redacción indicaba: «Las empresas afectadas por este Convenio no podrán contratar los servicios de las ETT's, excluyendo los supuestos de sustitución por IT, vacaciones y licencias. En cualquiera de los casos se informará a los representantes legales de los trabajadores de esta situación» (Vid. STSJ Galicia 11 de diciembre de 2014, Procedimiento 54/2014). En el mismo sentido, se pronuncia la STSJ de Andalucía, Granada, de 10 de julio de 2001 (R° 1573/2001) en relación al Convenio Colectivo del Sector del Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Patata temprana y extratemprana de Granada y su provincia, que establecía: «d) En las empresas que tengan contratados/as trabajadores/as con carácter fijo, fijo-discontinuo o eventuales. Sólo se podrán utilizar contratos de puesta a disposición de empresas de trabajo temporal cuando con dichos/as trabajadores/as no se puedan cubrir las posibles eventualidades» y «e) Las necesidades productivas que no puedan ser atendidas por los/as trabajadores/as fijos, fijos-discontinuos, se cubrirán con eventuales, o con contrato de puesta a disposición, si bien estos últimos, no podrán mantener esa relación más de una temporada, debiendo ser contratados directamente por la empresa usuaria en la segunda que fueran llamados, en su caso» (artículo 7 del Convenio).

Sin embargo, los criterios judiciales expuestos no son trasladables al caso concreto objeto de análisis. En efecto, en el mencionado convenio llaman la atención dos cosas: primero, que el convenio no ofrece razones concretas que justifiquen la política de exclusión de la modalidad contractual y, segundo, sí que se observa que no sólo no limita los contratos de trabajo temporales (obra o servicio, eventual) sino que amplía la duración de los mismos haciendo uso de sus

facultades reguladoras. Luego, no se aprovecha la oportunidad para procurar reducir la dualidad y temporalidad del mercado de trabajo sino que se excluye el uso de un contrato indefinido.

A los efectos de comprender mejor la finalidad de la mencionada práctica negociadora, parece relevante destacar quiénes son los sujetos firmantes del convenio. Por un lado, los sindicatos más representativos UGT y CCOO y, de otra parte, la Asociación Empresarial de Limpieza Pública (ASELIP). Desde la perspectiva de los sindicatos, pudiera interpretarse que es una manifestación testimonial de su oposición a la reforma laboral de 2012 que incluyó el nuevo tipo contractual objeto de análisis. Pero parece más interesante advertir que la mencionada Asociación Empresarial está formada por grandes empresas que muy posiblemente superan los umbrales máximos que exige la normativa para la formalización del contrato de apoyo a los emprendedores. Luego, es posible que la exclusión de la modalidad contractual de apoyo a los emprendedores no obedezca a una mejora de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores sino de la posición de mercado de las empresas firmantes del convenio frente a las más pequeñas. Conforme a este argumento, pudiera pensarse que se ha pretendido obstaculizar la realización de un contrato que tiene ventajas sociales y fiscales para las pymes a través de la negociación colectiva, lo que podría suponer un beneficio para las grandes empresas representadas en la mesa negociadora del mencionado convenio.

En este punto conviene recordar que el análisis de legalidad del convenio no se limita a las normas laborales sino que también puede incurrir en incumplimientos de otras ramas del Derecho como, por ejemplo, el Derecho de la Competencia. La aplicación de la Ley de Competencia ([Ley 15/2007, de 3 de julio](#)) a los acuerdos o convenios colectivos, tropieza con el problema de que estamos ante un pacto, no entre empresarios, sino entre empresarios y trabajadores. La inmunidad del convenio frente a las normas del mercado es relativa y se aplica sólo cuando la norma convencional se dirige hacia la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo. No obstante, se admite que puedan existir pactos o acuerdos que tengan como finalidad alterar el mercado y en el que una de las partes sea un sindicato¹⁷. Ello se produce cuando se trata de una política ajena al ámbito de la potestad normativa de la autonomía laboral, que delinea el [artículo 85](#) del ET y que supone una práctica restrictiva de la competencia al tratarse de una norma que se proyecta ad extra de la empresa, al mercado competitivo¹⁸. Siguiendo con este razonamiento, la cláusula convencional analizada restringe la libertad de contratación de las pequeñas empresas y trabajadores autónomos al no permitirles el uso de una modalidad contractual que comprende importantes beneficios laborables.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 21 de septiembre de 1999 (Asunto Albany, C-67/96) y SAN de 30 de septiembre de 2013.

¹⁸ SAN de 7 de noviembre de 2001.

Por otro lado, tampoco se aprecia en el convenio la inclusión de consecuencias jurídicas concretas para el supuesto de que alguna de las empresas afectadas por el convenio incumpla la cláusula y formalice contratos de apoyo a los emprendedores. Por su parte, la LISOS califica como infracción grave la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales superando los supuestos y límites distintos de los previstos en la ley o en el convenio cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva ([artículo 7.2 LISOS](#)). Pese a que la cláusula de exclusión del contrato de apoyo a los emprendedores forma parte del contenido del convenio, no parece viable la imposición de una sanción administrativa a una empresa que se niegue a su cumplimiento en la medida que existen claros indicios de extralimitación de las facultades del convenio en esta materia.

Por último, cabe preguntarse si los mismos argumentos son aplicables en el supuesto de que el convenio que incluyera la mencionada cláusula fuera un convenio de empresa en lugar de sector. La problemática planteada no es hipotética ya que existe algún ejemplo de convenio colectivo de ámbito empresarial que recoge una cláusula parecida¹⁹. Desde nuestra perspectiva, el convenio de empresa al tener la misma consideración de convenio estatutario que el de sector está sujeto a los mismos límites incluyéndose los referidos a las modalidades de contratación. Luego, no cabe realizar distinción alguna en función del tipo de convenio de que se trate ya que existen razones que avalan la dudosa legalidad del supuesto descrito.

¹⁹ El Convenio Colectivo de la empresa U.T.E. Selectiva Las Palmas de Gran Canaria (Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. - Martínez Cano, S.A BO. Las Palmas 21 febrero 2014): «Artículo 14. Nuevas contrataciones El ingreso al trabajo se realizará de conformidad con cualquiera de las modalidades de contratación reguladas en la legislación laboral vigente en el momento de efectuarse. No obstante lo establecido en el párrafo anterior, en el ámbito de este convenio queda exceptuada la utilización del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores».

III. Conclusión

Tras el análisis convencional realizado, cabe concluir que a diferencia de la contratación temporal, las posibilidades de regulación del contrato de apoyo a emprendedores por el convenio colectivo son más bien escasas ya que se trata de una regulación muy completa y que deja poco margen a la autonomía colectiva. El convenio colectivo no goza de facultades reconocidas por la ley para crear nuevos supuestos de contrato de apoyo a los emprendedores o que desdibujen aquellos elementos que permiten identificarlo como tal. De la misma forma, tampoco parece admisible la exclusión del uso del contrato por parte de los negociadores del convenio. Ello por dos razones: primero, porque supone una extralimitación de los mínimos de derecho necesario y, segundo, debido a que puede vulnerar el derecho de la competencia. Por último, existe cierto espacio para la mejora convencional que presenta serios indicios de licitud y que guarda sintonía con la finalidad del contrato. Es el caso de las indemnizaciones por extinción del contrato durante el periodo de prueba. El resto de la regulación del contrato de apoyo a los emprendedores queda sustraído a la posibilidad negociadora de la contratación colectiva.